



Sentencia T-201/17

Referencia: Expediente T-5889861

Acción de tutela instaurada por Eufrosina Vega Mieles, representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Magistrado Ponente (e):
JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS.

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Novena de Revisión Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, en primera instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Eufrosina Vega Mieles, representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz” en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio de Auto del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sala de Selección Número Doce.

I. ANTECEDENTES

Eufrosina Vega Mieles, representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”¹, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), tras estimar vulnerados los derechos étnicos de su comunidad, especialmente, el de consulta previa.

Considera que la entidad demandada desconoció el derecho fundamental a la consulta previa de su comunidad, al no haber agotado dicho trámite respecto de la implementación de los Programas de Primera Infancia del ICBF; especialmente, aquellas medidas de alimentación y educación de menores de edad.

1. Hechos

1.1. Señala la accionante que el ICBF viene desarrollando en territorio étnico de la comunidad², el programa denominado “Primera Infancia”, el cual se enmarca dentro de la Política Pública “*De cero a Siempre*” del Gobierno Nacional. Discute que esas medidas afectan sus derechos a la alimentación y educación diferencial.

1.2. Aduce que los programas señalados los viene ejecutando “*con unos operadores privados que desconocen nuestra cultura afro*”. Lo anterior, pues “*vinculan personal docente, auxiliar, enfermeras, nutricionistas que no pertenecen a nuestras comunidades afrodescendientes*”, afectando su autonomía, autogobierno, cultura, tradición, lengua, nutrición tradicional y valores étnicos³. Especialmente, respecto de la alimentación y educación de los menores pertenecientes a sus comunidades.

1.3. Señala que otros Consejos Comunitarios han radicado ante el ICBF varios derechos de petición solicitando la realización de la consulta respecto de los programas mencionados. Así, por ejemplo, el 8 de enero de 2016, la señora Farides Margarita Pitre, actuando como Delegada Nacional de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de la Guajira, solicitó que “*se implementara el enfoque étnico diferencial para la atención de los grupos étnicos*”, de tal manera que “*se concertara con nuestros consejos comunitarios la aplicación del programa de primera infancia*”⁴. A su vez, el señor Carlos Andrés Ortiz, actuando como Representante Legal del Consejo Comunitario de Tiquicio – Bolívar, radicó un derecho de petición dirigido a la Doctora Cristina Plazas, solicitándole la realización de la consulta previa de las medidas en discusión, sin que haya obtenido respuesta positiva.

¹ Cuaderno 1. Folio 24.

² El Consejo Comunitario se ubica municipio de la Loma de Calentura, El Paso- Cesar.

³ Folio 2 Cuaderno No. 1.

⁴ Folio 4 Cuaderno No. 1.

1.4. Advierte que el ICBF expidió el “Manual de Contratación M1.MPA1.P6 Versión 4”, en el que estableció la obligación de realizar una concertación con las comunidades étnicas, cuando quiera que se vean afectadas por las medidas a implementar. Lo anterior, en los siguientes términos:

“Atención a grupos étnicos: para la prestación del servicio público de bienestar familiar a territorios indígenas, u otras minorías étnicas en las que se requiera concertación, se utilizará la modalidad de contratación que corresponda de conformidad con la ley, sin que para ello se requiera que el prestador del servicio elegido en el marco de la concertación se encuentre inscrito en el Banco Nacional de Oferentes del ICBF”.

1.5. Puntualiza la accionante que los operadores que manejan los programas de primera infancia, como docentes, auxiliares, enfermeros, psicólogos, nutricionistas, entre otros, *“no pertenecen a nuestras comunidades, no conocen nuestra cultura, nuestras tradiciones, nuestras convicciones, y en esa forma el ICBF”*⁵ está afectando su cultura afro. Mucho más, si se tiene en cuenta que esos programas se realizan con niños *“en educación inicial de cero a cinco años, siendo esta la edad, en la que más debemos reforzar y salvaguardar nuestra cultura afro”*⁶.

1.6. Por las anteriores razones, solicita la protección del derecho fundamental a la consulta previa del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, presuntamente vulnerado por el ICBF.

1.7. En consecuencia, pretende la *“concertación y Consulta Previa con nuestros consejos comunitarios para que escojamos un operador que tenga el enfoque étnico diferencial con una experiencia mínima de un año de implementación de este programa, en los Programas de Primera Infancia (Hogares Tradicionales, Hogares Fami, Modalidad Familiar y Modalidad Institucional o CDI)”* desarrollados en su territorio.

2. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas de oficio

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, admitió la demanda el veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016) y ordenó notificar al ICBF para que, en el término de dos (2) días, ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

2.1. Respuesta del ICBF

Elizabeth Castelar Ávila, Directora de la Regional Cesar del Instituto, dio contestación al requerimiento judicial⁷. En su escrito sostuvo que el ICBF no

⁵ Folio 4. Cuaderno 1.

⁶ Ibid.

⁷ Folio 111 a 120 Cuaderno No. 1.

ha vulnerado ningún derecho fundamental de las comunidades, puesto que no existe evidencia de que con la implementación de esos programas se esté causando lesión alguna a la cultura y tradición afro.

Para sustentar su afirmación, sostuvo que la acción de tutela debe ser declarada improcedente, toda vez que no se cumple con el requisito de subsidiariedad. Al respecto, manifestó que *“el ordenamiento jurídico ha reconocido que los actos precontractuales son demandables a través de los mecanismos previstos en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*⁸. Igualmente, destaca que no se cumplen con los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional, que permitan concluir que existe un perjuicio irremediable.

Aclaró que, en todo caso, de los hechos del caso concreto no se evidencia ninguna afectación directa que justifique la realización de la consulta. Se refirió a la dificultad técnica de la consulta. Sobre el particular, indicó que *“la protección integral sobre la cual se sustentan los programas institucionales del ICBF a favor de los niños, niñas y adolescentes, se vería afectada al someterla al procedimiento de consulta previa, como quiera que ello conllevaría una afectación directa a la inmediatez con la cual se requiere prestar el servicio, además, entendiendo que, los programas institucional son de carácter general y uniforme”*.

3. Decisiones que se revisan

3.1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, mediante fallo del doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016), declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la accionante.

Estimó que la accionante contaba con otros mecanismos procesales más adecuados que la acción de tutela para reclamar sus derechos. En ese sentido, indicó que dicha controversia debe ser tramitada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, siendo el amparo constitucional un mecanismo subsidiario:

“La Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha manifestado que como regla general (la acción de tutela contra actos administrativos) no es el mecanismo adecuado para controvertirlos, toda vez que es competencia exclusiva de la jurisdicción Contencioso Administrativa. (...) La accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para buscar su defensa, esto es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho. Además que no plantea la accionante circunstancias que le impidan

⁸ Folio 112. Cuaderno No. 1.

ejecutar las acciones ordinarias para obtener la satisfacción del derecho reclamado”

Por las anteriores razones, declaró improcedente la demanda de tutela instaurada por Eufrosina Vega Mieles en contra del ICBF.

II. Consideraciones y fundamentos

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico

2. La accionante, quien pertenece y representa al Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, presentó acción de tutela en contra del ICBF porque presuntamente desconoció el derecho fundamental a la consulta previa de su comunidad, al no concertar con ellos el Programa de Infancia desarrollado en su territorio; especialmente, respecto de aquellas medidas de alimentación y educación de los menores de edad.

El Programa de Infancia controvertido por la accionante, hace parte de la “*Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre*” establecida por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y la Ley 1804 de 2016. En concreto, la accionante discute que las medidas de alimentación y educación, sin perjuicio de las demás que contiene el programa, inciden en los derechos de su comunidad pues con ellas se están afectando sus usos y costumbres; mucho más tratándose de niños. Sobre este aspecto en particular se pronunciará la Sala.

3. El ICBF contestó la acción de tutela, señalando que: (i) no se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el mecanismo adecuado para resolver esta controversia es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo el recurso judicial para discutir los actos precontractuales relativos a la escogencia del operador que prestará el servicio ofrecido por el ICBF; (ii) además, dijo, no se constata ninguna afectación a los derechos de la comunidad.

4. El juez constitucional de primera instancia declaró improcedente el amparo deprecado, argumentando que no se cumple con el requisito de subsidiariedad. Adujo que la acción de tutela es un mecanismo residual que solo puede ser estudiado si no existen otros medios en el ordenamiento jurídico para ventilar la controversia. En este caso, sostuvo, la comunidad

cuenta con la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativo para solicitar la nulidad de los actos precontractuales, en el entendido de que son aquellos actos relativos a la escogencia del operador que prestará el servicio discutido en este caso.

5. De conformidad con los hechos expuestos, corresponde la Corte establecer si el ICBF desconoció el derecho a la consulta previa del Consejo Comunitario de Negritudes “*Julio César Altamar Muñoz*”, al adoptar y ejecutar los Programas de Primera Infancia desarrollados por esa institución, especialmente, respecto de aquellas medidas que se refieren a la alimentación y educación de los menores de edad, sin la participación de las comunidades afectadas.

6. A efectos de resolver el interrogante planteado, la Sala (i) se referirá a la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Seguido, presentará (ii) el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, haciendo énfasis en el deber de implementar programas y políticas públicas con enfoque diferencial; (iii) presentará brevemente el marco normativo de la “*Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre*”; para, finalmente, (iv) abordar el estudio del caso concreto.

Procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la protección del derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

7. Durante el trámite de este proceso, tanto la parte accionada como el juez de instancia, consideraron que la acción objeto de estudio no cumple con el requisito de subsidiariedad pues, por regla general, contra los actos administrativos no procede la acción de tutela. Consideraron que lo que es objeto de cuestionamiento son los actos precontractuales surgidos con ocasión del proceso de contratación estatal, especialmente, sobre la escogencia del operador del servicio, los cuales, deben ser discutidos en la jurisdicción contenciosa administrativa

Esa tesis, en principio cierta, admite excepciones. Si bien el artículo 6º del Decreto 2591 incorpora esta *regla de carácter general*, no significa que se excluyan todas aquellas hipótesis construidas, especialmente, por la jurisprudencia constitucional.

8. La improcedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos, encuentra justificación en dos aspectos relevantes: (i) la presunción de legalidad que pesa sobre esos actos y, (ii) la existencia de una jurisdicción especializada quien es la encargada de verificar la legalidad de dichos actos.

9. A pesar de lo anterior, así como el requisito de subsidiariedad admite excepciones, por ejemplo porque el recurso analizado no cumple con los estándares de idoneidad y eficacia, para el caso de la tutela contra actos administrativos, también existen escenarios en los cuales dicho requisito se flexibiliza para proteger un bien jurídico de mayor envergadura. Tal es el caso de los derechos de los pueblos indígenas.

10. Respecto de estos sujetos de especial protección constitucional, que se han visto enfrentados a patrones históricos de discriminación, cuya garantía incide en los fines esenciales del Estado, la jurisprudencia constitucional ha sido constante, reiterada y pacífica en señalar que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, pues los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico no son idóneos y eficaces⁹. Lo anterior, por las siguientes razones.

Esta Corte ha señalado que el requisito de subsidiariedad, implica que (i) la acción de tutela solo procede si en el ordenamiento jurídico no existe un medio de defensa judicial por medio del cual se pueda proteger el derecho conculcado. En todo caso, a pesar de existir, puede ser procedente siempre que tenga lugar una de las siguientes excepciones: (ii) cuando se verifique la existencia de un perjuicio irremediable o; (iii) cuando el recurso judicial analizado no es idóneo y/o eficaz¹⁰. Tratándose de la existencia de un perjuicio irremediable, los efectos del fallo serán transitorios, mientras que, si el recurso no es idóneo y/o eficaz, estos serán definitivos.

11. Para el caso de los pueblos indígenas y tribales, desde sus primeras decisiones¹¹, la Corte Constitucional ha reconocido que dichas comunidades son titulares de derechos fundamentales, con sustento en los principios de participación, igualdad, diversidad étnica y cultural, entre otros.

12. A su vez, ha destacado que estas comunidades son sujetos de especial protección constitucional, pues en ellas recaen factores de vulnerabilidad extrema que justifican que el Estado intervenga para revertir esos procesos históricos que han afectado su modo de vida, al punto de, incluso, amenazar con su extinción. Lo anterior, pues (i) aún existen patrones de discriminación; y, (ii) las dinámicas de la cultura mayoritaria presionan la cosmovisión de los grupos étnicos al punto de afectar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico.

⁹ Ver sentencias: T- 704 de 2016; T-436 de 2016; T-313-2016; T-197 de 2016; T-041 de 2016; T-005 de 2016; T-766 de 2015; T-764 de 2015; T-661 de 2015; T-660 de 2015; T-438 de 2015; T-359 de 2015; T-247 de 2015; T-969 de 2014; T-857 de 2014; T-849 de 2014; T-800 de 2014; T-646 de 2014; T-576 de 2014; T-462 A/2014; T-461 de 2014; T-396 de 2014; T-384 A/2014; T-379 de 2014; T-355 de 2014; T-294 de 2014; T-204 de 2014

¹⁰ Para un resumen sobre el requisito de subsidiariedad, ver: sentencia T-662 de 2013.

¹¹ *Ibíd.*, cita 8.

13. Por esos motivos, la Corte Constitucional, de manera constante, pacífica y uniforme¹², ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo adecuado, en sí mismo, para solicitar la protección de los derechos étnicos. Por su condición de vulnerabilidad, respecto de esos sujetos, los mecanismos ordinarios de defensa se presumen ineficaces e inidóneos, convirtiendo la acción de tutela en el recurso judicial más apropiado para ventilar sus controversias; mucho más, tratándose del derecho fundamental a la consulta previa. Obligar a las comunidades tradicionalmente excluidas por la sociedad mayoritaria a acudir a instancias ordinarias para defender sus derechos, es desnaturalizar la esencia misma del Estado pluralista y la cultura o cosmovisión de estos sujetos.

14. Al respeto, es importante reiterar la sentencia T-576 de 2014, la cual ha recogido lo dicho en decisiones anteriores en las que la Corte se refirió a la procedencia de la acción de tutela están involucrados grupos étnicos, y en las que se debate su derecho a la consulta previa. En dicho fallo, se dijo lo siguiente:

“[...] La idea de que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate.

Así lo hizo la Sentencia SU-039 de 1997, que revisó la tutela del Defensor del Pueblo, actuando en representación de varios integrantes del grupo indígena u'wa, promovió contra un acto administrativo mediante el cual se concedió una licencia ambiental para realizar trabajos de exploración petrolífera en territorio de esa comunidad, sin que, antes, se hubiera agotado el respectivo proceso de consulta. || Dado que las accionadas se opusieron a la solicitud de amparo con el argumento de que el escenario idóneo para cuestionar la licencia no era la acción de tutela, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte precisó su jurisprudencia sobre la compatibilidad de la acción constitucional y las acciones contencioso administrativas, en especial, ante la posibilidad de que a través de estas últimas se ordene la suspensión provisional del acto administrativo que causó la infracción iusfundamental [...] El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos

¹² Ibíd.

fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses. La tutela, concluyó la Corte, es procedente en ambos eventos porque es el juez constitucional quien tiene la misión de lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

La sentencia SU-383 de 2003 invocó los mismos argumentos al resolver la tutela que formuló la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana con el objeto de que se protegiera el derecho de sus comunidades a ser consultadas sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que se estaba adelantando en sus territorios. Esta vez, la Corte resaltó el compromiso de las autoridades con la conservación de la autonomía de las minorías étnicas y llamó la atención sobre la importancia de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que han enfrentado históricamente. Sobre estos supuestos, determinó que ‘no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata a su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia’.

5.7. Las reglas de procedencia que formularon esas decisiones de unificación han sido reiteradas de forma constante y pacífica en la jurisprudencia de la Corte [T-547/10, T-379/11, T-376/12]”

15. Como se puede apreciar, el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales se encuentra definido por la jurisprudencia constitucional¹³. Recientemente, la Corte profirió la sentencia SU-096 de 2017. En esa decisión, la Sala Plena de esta Corporación reafirmó que el amparo constitucional es un mecanismo, principal y preferente, con el que cuentan las comunidades para defender sus derechos, especialmente, el derecho a la consulta previa. Igualmente y aunque el Legislador reglamentó la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el nuevo código contencioso administrativo, ello no desvirtúa la importancia y preferencia del amparo constitucional en la defensa de los derechos étnicos.

16. Por el contrario, dice la Sala Plena, *“no genera una modificación de hecho de la jurisprudencia constitucional, ni puede llevar a la restricción del derecho al acceso a la administración de justicia de estos colectivos. Vale la pena señalar, en contra del argumento mencionado, que ya las causales de nulidad prevén la violación del orden superior, es decir que, en ese sentido, ya el Código de 1984, interpretado a la luz de las normas constitucionales, involucra la causal de nulidad descrita. Sin embargo, la Corte explicó en un amplio conjunto de decisiones la diferencia entre ese control de legalidad*

¹³ Tan solo la sentencia T-288 A de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, contravirtió la regla anteriormente descrita. Sin embargo, esta providencia se trata de un fallo aislado que no modifica la línea construida por la Corte.

sobre el acto y la defensa de los derechos fundamentales que se persigue por la vía de amparo”.

17. En suma, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática y reiterada, en el sentido de sostener que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de derechos étnicos. Mucho más si se trata del derecho a la consulta previa. Así, a pesar de existir otros recursos en el ordenamiento jurídico, es el amparo constitucional el medio de defensa más apropiado con el que cuentan estos grupos diferenciados para proteger sus derechos, y en particular el derecho a la consulta previa.

Marco normativo de protección de derechos étnicos. Convenio 169 de la OIT y Constitución Política de Colombia. Consulta previa

18. Dentro del marco normativo de protección de derechos étnicos existen múltiples normas que cumplen con esa función. Tal es el caso de, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT y las diferentes disposiciones de la Constitución Política de 1991. A su vez, estas normas han sido desarrolladas por decisiones proferidas por tribunales internacionales, y, un sinnúmero de fallos, en control abstracto y concreto, emitidos por la Corte Constitucional¹⁴.

(i) *Convenio 169 de la OIT¹⁵. El objeto del tratado es la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y la participación como su eje transversal*

19. El Convenio 169 de la OIT se enmarca en un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Convenio. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

20. Así, desde el preámbulo, los Estados reconocen en el Convenio 169 *“las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”*. De la misma forma, aceptan que *“que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que*

¹⁴ En este acápite la Sala basará su exposición, principalmente, en la sentencia SU-096 de 2017 (MP. María Victoria Calle Correa), considerando que es una decisión reciente de la Sala Plena acerca de la consulta previa. Sin embargo, con el fin de referirse a unos problemas específicos que, cada vez con más frecuencia se presentan a la Sala, se tomará como punto de partida las sentencias T-704 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas) T-576 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y T-436 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos) y a las sentencias T-197 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio), T-661 de 2015 (María Victoria Calle Correa), T-298 de 2016 (MP Martha Victoria Sánchez Hernández), T-585 de 2015 (MP Myriam Ávila Roldán).

¹⁵ Ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

21. El artículo 1º establece que *“los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*. Igualmente, ordena promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, siempre que se respete su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones al igual que sus instituciones.

22. El artículo 4º dispone que deberán *“adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*. El artículo 5º también señala que deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, al igual que respetar la integridad de los valores y prácticas de los pueblos.

24. Más adelante, el artículo 7º indica que *“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*, mientras que *“en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”*.

25. Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT tiene un especial interés en garantizar que las decisiones que puedan afectar los derechos de grupos étnicos, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado.

(ii) *La Constitución de 1991 es una Carta pluricultural respetuosa de los pueblos étnicos*¹⁶

26. La Constitución de 1991 reconoció la diversidad étnica en su doble dimensión de principio y valor fundamental. Es así como el artículo 1º establece que Colombia es un Estado Social de Derecho *“organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”*. Ello implica que el Constituyente haya decidido reconocer como principio fundamental del Estado, su carácter pluralista (Art. 1 CN).

¹⁶ Fundamentos reiterados de la sentencia T-704 de 2016.

27. Esta Corporación ha resaltado que “[l]a diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de su población” y las “riquezas culturales y naturales de la nación””¹⁷. Eso significa que la Constitución propugna por un modelo de Estado en el que se acepta que en Colombia no existe una cultura homogénea, aspecto que adquiere mayor relevancia cuando de comunidades afro e indígenas se trata¹⁸.

28. Precisamente, en aras de garantizar dicha heterogeneidad, la Constitución se interesa “en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”¹⁹.

29. La jurisprudencia constitucional ha manifestado que las comunidades étnicas tienen derecho, al menos, a:

“(i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir

¹⁷ Sentencia T-342 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ Cita tomada de la Sentencia T-376 de 2012 M.P María Victoria Calle Correa: “Desde la sentencia T-380 de 1993 la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios”.

¹⁹ Sentencia C-175 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Tomado de la Sentencia T-116 de 2011 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”²⁰.

30. El Constituyente también estableció herramientas específicas para dar cumplimiento al mandato de reconocimiento y protección de las comunidades étnicas. Así, en la Constitución introdujo diversos mandatos de participación y reconocimiento que permiten respetar la diferencia de esas comunidades, y que, además, ha sido tradicionalmente rechazada por la cultura dominante²¹. Prueba de ello es, por ejemplo, la elección de congresistas bajo la modalidad de circunscripción nacional especial; el hecho de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales se haga con la inclusión de sus representantes; que la explotación de los recursos naturales que se encuentran en los territorios étnicos se haga sin desmedro de su identidad cultural y con la participación de sus respectivas autoridades²², etc.²³.

(iii) El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

²⁰ Sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán (E).

²¹ Sentencia T-605 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265). En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265)”.

²² Sentencia T-116 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Igualmente ver: Sentencia T-973 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo “En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”. (negrilla incluida en el texto).

²³ Sentencias SU-039 de 1997 Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU- 383 de 2003 M.P. Álvaro Tafúr Galvis, T-382 de 2006 Clara Inés Vargas y T-769 de 2009 M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla, entre otras.

31. Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada y uniforme que la consulta previa es un derecho fundamental de los grupos étnicos. En la sentencia SU-039 de 1997, la Corte precisó que esta calificación surge de la forma en que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de comunidades particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos²⁴.

32. La garantía *“consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos”*²⁵. En otros términos, la consulta previa trata sobre el deber de, valga la redundancia, *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

34. Como se advirtió anteriormente, mediante sentencia SU-039 de 1997, la Corte estableció que *“el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*²⁶. Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras

²⁴ “Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas y tribales que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y tribales y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

²⁵ Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada por la Sentencia T-704 de 2016.

²⁶ Cita en texto.

prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica.

35. A continuación, la Sala procederá a desarrollar los elementos más importantes del derecho a la consulta previa, para, posteriormente, definir las subreglas aplicables al caso, haciendo énfasis en el deber de consulta cuando se trate de políticas públicas alimentarias y educativas sobre menores de edad.

(iv) *Alcance de la consulta y subreglas constitucionales que orientan su interpretación y aplicación*

36. La Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios aplicables a casos concretos, en lo relativo al deber de consulta. En la sentencia SU-096 de 2017²⁷ se recogieron los siguientes criterios, al tiempo que se fijaron reglas específicas para su aplicación²⁸:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser *flexible*, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta

²⁷ Se utilizará esta sentencia en la medida que es la sentencia de unificación más reciente que ha proferido la Sala Plena de esta Corte.

²⁸ La distinción entre criterios y subreglas es puramente metodológica. Se trata, en su conjunto de los estándares de aplicación de la consultas recogidos y sistematizados por esta Corte en la sentencia T-129 de 2011, y posteriormente reiterada de forma constante y uniforme por las distintas salas de revisión y la Sala Plena (ver, por ejemplo, las recientes T-197 de 2016 MP. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-371 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva)

o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”²⁹

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que si bien a las comunidades étnicas no les asiste el derecho a impedir irrazonablemente la implementación de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, que les afecte directamente, al Estado tampoco le asiste el derecho a imponer injustificadamente sus proyectos. Cuando las negociaciones fracasan y no se puede obtener el consentimiento de las comunidades, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad y efectuarse bajo la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y con el respeto a la diversidad cultural³⁰.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado unos criterios generales para la aplicación de consulta, los cuales orientan a las autoridades y particulares en esta clase de procesos. Así mismo, ha establecido unas reglas específicas que deben ser atendidas al momento de concertar aquellas medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y tribales.

(v) *Ámbito material de procedencia de la consulta previa. El concepto de afectación directa.*

37. Según la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no restringe a supuestos taxativos. Eso se explica porque lejos de crear inestabilidad o inseguridad respecto de la procedencia de la consulta, la obligación de concertación se debe analizar bajo las circunstancias particulares y concretas del caso estudiado. No obstante, y a pesar de lo anterior, este Tribunal ha puntualizado que la consulta previa procede respecto de medidas legislativas y administrativas de carácter general y/o concreto, así como de políticas públicas, planes, proyectos, etc. que afecten directamente en los derechos de la comunidad.

38. Actualmente la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto, afecta directamente a los pueblos indígenas o tribales:

“(i) la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre

²⁹ Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

³⁰ Sentencia T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados³¹”.

39. Evidentemente, son criterios de apreciación que no cierran de manera definitiva el concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Con todo, ese conjunto de *“parámetros de comprensión de la afectación directa constituyen orientación suficiente para el desempeño de esa tarea, en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en el marco de la jurisprudencia constitucional, aspecto que será analizado a fondo en el siguiente acápite”*³².

(vi) *Jurisprudencia relevante sobre la consulta de políticas públicas en materia de alimentación y educación de menores de edad*

40. La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que todas aquellas medidas (normas, políticas, proyectos, etc.) que afecten directamente a las comunidades étnicas, deben ser concertadas con ellos. El ámbito de aplicación de la consulta, como se pudo apreciar, se extiende no solamente a aquellas medidas de carácter particular y concreto, sino también aquellas de carácter general. De manera que independientemente de cuál sea la naturaleza de la medida, el concepto clave para determinar la procedencia de la garantía es el criterio de afectación directa.

41. Para el caso de aquellas políticas públicas sobre programas de alimentación y educación de menores de edad, la Corte ha puntualizado una serie de reglas específicas para este tipo de eventos. A continuación se reiterarán los principales lineamientos en la materia.

42. Para el caso de la educación, la Corte profirió la sentencia C-208 de 2007³³; decisión que fue reiterada en posteriores fallos³⁴. En aquella oportunidad, la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad en contra del Decreto 1278 de 2002, *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*. Dicha norma fue objeto de impugnación sobre la base de desconocer que los grupos étnicos tienen derecho a una formación

³¹ Sentencias C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Cristina Pardo Schlesinger, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla), C-371 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva, T-376/12 y T-766 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV. Gloria Ortiz Delgado).

³² Sentencia SU-096 de 2017.

³³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ Sentencia T-390/13, Sentencia T-379/11, Sentencia T-466 de 2016, entre otras.

que respete y desarrolle su identidad cultural.

La Corte estableció el deber constitucional que tiene el Estado de incorporar en sus políticas, especialmente, las educativas, un enfoque diferencial respetuoso de la cosmovisión de los pueblos étnicamente diferenciados. Según esa decisión ello *“significa que los pueblos indígenas en general y sus integrantes en particular, tienen derecho a recibir del Estado una educación especial, ajustada a los requerimientos y características de los distintos grupos que habitan el territorio nacional”*.

43. Con tal propósito, en esta providencia se fijaron unos criterios que deben ser respetados cuando quiera que el Estado aplique o se aproxime a las comunidades para garantizar su derecho a la educación.

En palabras de la Corte:

(i) debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv) que la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las comunidades indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) que deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

44. Por su parte y más recientemente, tratándose de programas de alimentación, la Corte profirió dos sentencias relevantes sobre el tema: T-466 de 2016 y T-475 de 2016³⁵. En dichos fallos, la Corte estudió dos casos en los que las comunidades afectadas solicitaban la consulta de medidas administrativas tendientes a garantizar la alimentación de los menores de edad de sus poblaciones.

En esos pronunciamientos, esta Corporación señaló lo siguiente: existe una obligación de consultar todas aquellas medidas, incluso políticas públicas en materia de alimentación de niños, que afecten directamente derechos étnicos, salvo que por la gravedad, urgencia y extrema necesidad del caso, se

³⁵ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

justifique flexibilizar el deber de consulta en aras de proteger el interés superior del menor. Esta regla, encuentra sentido en que si bien los derechos de los niños tienen una relevancia especial en el ordenamiento jurídico colombiano, no dejan de ser principios que deben ser ponderados con otros que, según el caso, pueden tener mayor peso³⁶.

45. Concretamente, la sentencia T-466 de 2016 estudió un caso de consulta previa de indígenas Wayuu en la Guajira. En esa providencia, la Corte tuvo que resolver varios asuntos. Uno de ellos era determinar si para casos graves de desnutrición infantil, que incluso han llevado a la muerte de niños indígenas, es constitucionalmente admisible flexibilizar el requisito de la consulta de aquellas medidas de urgencia que el Estado adopte para combatir la situación. En ese caso, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“En caso de que dicha autoridad del Estado, determine que existe margen para proceder a realizar la concertación o consulta de las medidas que se adopten para atender la situación de emergencia que padecen los niños Wayúu, los mecanismos propuestos por las autoridades estatales deberán tener un concepto de parte de las comunidades dentro del mes siguiente a la formulación de planes, programas, proyectos, y estrategias, y en caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades, en coordinación con el ICBF, adoptarán las medidas que consideren razonables y proporcionadas, respetando que en la medida de lo posible, dichos planes, programas y proyectos sean compatibles con los usos costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, teniendo siempre como objetivo fundamental, la realización del interés superior del menor de edad”.

46. Como se puede advertir, la Corte no eliminó el requisito de consulta. Por el contrario, sostuvo que era obligación lograr una concertación con las comunidades étnicamente diferenciadas, pero, en caso de no llegarse a un acuerdo, por la gravedad, urgencia y extrema necesidad del caso, el ICBF estaba facultado para adoptar las medidas razonables y proporcionadas para atender la emergencia. Lo anterior, bajo criterios de compatibilidad y respeto de las comunidades.

Esta Sala insiste en que todos los derechos, por su estructura de principios, son ponderables; incluso el interés superior del menor. Pese a ello, en ese evento en particular, la Constitución lo dotó de un peso especial del cual no se concluye que siempre y en todos los casos prevalezca sobre los demás. Dependerá de las circunstancias fácticas del caso determinar cuándo prevalecerá; así lo sostuvo la Sala Plena de la Corte en la sentencia C-113 de

³⁶ Sentencia C-273 de 2003. Así lo ha declarado la Corte, entre otras, en las sentencias T-611 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-391 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Rodrigo Escobar Gil), C-442 de 2009 (MP. Humberto Sierra Porto), T-496 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

2017³⁷.

47. Esta regla fue reiterada en la sentencia T-475 de 2016. En esa oportunidad, la Corte tuvo que resolver un problema constitucional análogo al que se presenta en este expediente. De acuerdo con la situación fáctica, un Consejo Comunitario solicitó la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, el cual estimó vulnerado por el ICBF, al no concertar los programas de primera infancia por esa entidad. Aquella vez, el Consejo referido solicitó la consulta de las políticas públicas de alimentación que recaían sobre los menores de su comunidad.

48. Pues bien, la Corte reiteró lo dicho por la sentencia T-466 de 2016:

“Así, el derecho fundamental a la consulta previa puede ser limitado cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños, y la intensidad de dicha limitación puede ser mayor dependiendo del grado de afectación de los niños y de la urgencia en su atención y protección. Por lo anterior, observa la Sala que con fundamento en lo anteriormente expuesto, la consulta previa podrá ser limitada cuando se presenten situaciones que planteen una amenaza real e inminente de vulneración de los derechos de los niños, para que de esta forma pueden las autoridades del Estado actuar de manera inmediata para la protección de dichos derechos, incluso sin la concertación con las comunidades, bien sea porque ésta se intentó y no pudo concretarse o bien porque la situación de apremio lo impide. En cualquiera de estas dos circunstancias (cuando la concertación se intenta pero no se logra o cuando no es posible intentar realizarla), las autoridades del Estado que intervengan para adoptar medidas de protección a favor de los niños deben actuar de manera razonable y proporcional, afectando en la menor medida posible el derecho a la diversidad étnica y cultural de las comunidades tribales”.

³⁷ Igualmente, la sentencia T-904 de 2013 señaló lo siguiente: “Cuando los derechos de los menores de edad colisionan con la libertad de expresión se produce un conflicto entre derechos que gozan de especial protección constitucional. En estos casos, se ha establecido que, en atención a los mandatos que ordenan dar prevalencia a los derechos de los niños y al interés superior del menor, la libertad de expresión debe ceder ante la protección de los derechos de los miembros más jóvenes de la sociedad. Sin embargo, de ello no se sigue que en tales eventos el conflicto entre los derechos de los menores y los derechos a opinar y a transmitir y recibir información veraz e imparcial sea sólo aparente y que indefectiblemente estos deban ceder ante los derechos privilegiados de los menores de edad, como lo afirma el Tribunal que resolvió en segunda instancia la tutela objeto de revisión. No es admisible entender los mandatos que ordenan dar prevalencia al interés superior y a los derechos fundamentales de los menores de edad como una regla que *en abstracto* pueda dirimir los conflictos que se plantean entre los derechos de los menores y los derechos de las demás personas, sin atender a las particularidades de cada caso concreto y excluyendo, en consecuencia, la necesidad de llevar a cabo una ponderación. Tal interpretación se opone, por un lado, a las directrices propuestas por los organismos internacionales de protección de los derechos de los niños para fijar el alcance del “interés superior del menor”, sobre el cual se fundamenta el criterio de prevalencia de los derechos de los niños consagrado en el artículo 44 CP. De otra parte, contraría la manera en que la jurisprudencia de la Corte ha entendido y aplicado este precepto constitucional”.

49. En suma, existe un deber de consulta de todas aquellas medidas que afecten derechos de comunidades étnicas, incluso, tratándose de programas dirigidos a niños indígenas. Sin embargo, cuando de los hechos del caso se concluya que existe una situación extrema, urgente que requiera el derecho a la consulta puede ser flexibilizado en aras de proteger el interés superior del menor; aspecto que debe ser analizado caso a caso.

Marco legal y reglamentario de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”. Programa de Infancia

50. El Programa de Infancia, controvertido por los accionantes, se enmarca dentro de una política pública mucho más amplia. El Gobierno Nacional, a través de la Ley 1450 de 2011 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, dispuso la creación de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”. Según la Ley 1804 de 2016, norma que desarrollaría la política, dicha estrategia busca fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho.

51. Este programa de *Cero a Siempre*, fue definido por la Ley 1450 de 2011 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, como “*el conjunto de acciones planificadas de carácter nacional y territorial, dirigidas a promover y garantizar el desarrollo infantil de las niñas y los niños desde su gestación hasta los seis años*”³⁸. Lo anterior, a través de un trabajo unificado e intersectorial que articule y promueva el desarrollo de todas las acciones para garantizar la atención integral de todos los niños y niñas. Según estas normas, el propósito fundamental del Gobierno es contribuir al *desarrollo integral* de los niños con edades entre cero y 6 años.

Conforme con la Ley 1804 de 2016, el concepto de desarrollo integral comprende el proceso singular de transformaciones y cambios de tipo cualitativos y cuantitativos mediante el cual el sujeto dispone de sus características, capacidades, cualidades y potencialidades para estructurar progresivamente su identidad y su autonomía.

52. Para el año 2011, el Gobierno Nacional creó la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (CIPI), mediante Decreto 4875 de 2011. Su función principal es coordinar las acciones intersectoriales y la implementación de la “Estrategia De Cero a Siempre”. Esta comisión se compone por un delegado del Presidente de la República, el Director del Departamento Administrativo de Presidencia o su delegado, los Ministros de Salud y Protección Social, Educación Nacional, Cultura o sus delegados, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sus delegados. Como se señaló,

³⁸ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para Todos. Pág. 254

su función radica en coordinar y armonizar las políticas, planes, programas y acciones para la ejecución de la política pública de primera infancia.

53. El encargado de ejecutar esta política es el ICBF. En efecto, la Ley 1804 de 2016, en su artículo 19, ratifica que el ICBF es la institución rectora, articuladora y coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar con dos roles de acción: como ente rector, articulador y coordinador del Sistema le corresponde *“la implementación de la política en el territorio a través de la Ruta Integral de Atenciones –RIA-, y hace parte de ella la promoción, participación y movilización social de los procesos técnicos administrativos y financieros de la primera infancia; y como entidad encargada de generar línea técnica y prestar servicios directos a la población que le corresponde, debe armonizar los documentos que orientan y soportan la prestación de los servicios en la primera infancia”*³⁹

54. Como se puede apreciar, las medidas que se ejecutan a través de la Estrategia de Cero a Siempre son múltiples, pues lo que se pretende es que los niños objeto de esas políticas, se desarrollen integralmente. Por eso, el ICBF, entidad encargada de implementar esos mandatos, a través del *“Lineamiento Técnico de Primera Infancia”*, reorganizó sus servicios para atender esas necesidades. Y es allí en donde se sitúa la discusión de los accionantes.

55. Según el ICBF, el Programa de Infancia que desarrolla la Estrategia de Cero a Siempre, tiene varias modalidades. En algunos casos, las medidas a desarrollar son alimentarias, en otras serán educativas, mientras que en algunas serán de vivienda y salud, etc. Lo importante radica en que este programa se encarga de atender las necesidades de los menores beneficiarios, en busca de garantizar su desarrollo integral.

Pues bien, el ICBF ejecuta este programa a través de tres tipos de modalidades que, a su vez, prestan servicios de alimentación, vivienda, salud, educación, entre otros: (i) institucional; (ii) familiar; y (iii) comunitaria.

56. La modalidad institucional atiende niños y niñas en primera infancia así como sus familias. Su objetivo es garantizar el servicio de educación inicial a niñas y niños *“menores de cinco años y hasta los seis años en grado de transición donde exista este servicio, en medio institucional en el marco de la atención integral y la diversidad a través de acciones pedagógicas y de cuidado cualificado así como la realización de gestiones para promover los derechos de salud, protección y participación que permitan favorecer el desarrollo integral en la primera infancia”*⁴⁰.

³⁹ Tomado de: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia

⁴⁰ Tomado de: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia

57. Por su parte, la modalidad familiar, promueve el desarrollo integral *“desde su concepción hasta los dos años a través de procesos pedagógicos significativos, fortalecimiento y acompañamiento a familia y cuidadores y la articulación interinstitucional en cumplimiento de la política de estado para el desarrollo integral de primera infancia de cero a siempre”*⁴¹.

58. Finalmente, la modalidad comunitaria fortalece *“el desarrollo integral, el cuidado y la protección de niñas y niños menores de cinco años, mujeres gestantes, niñas y niños menores de seis meses lactantes, en condiciones de riesgo y vulnerabilidad, a través de acciones pedagógicas y de cuidado para el goce efectivo desde sus derechos, con la participación activa y organizada de la familia, la comunidad y las entidades territoriales, según las particularidades de los servicios que contempla esta modalidad”*⁴².

59. Ahora bien, los tipos de medidas que desarrollan en el marco de estas modalidades son las mismas. En lo que se diferencian es en las edades de los sujetos beneficiarios. Así, según los lineamientos del ICBF, el Programa de Infancia tiene los siguientes componentes: atención en salud y nutrición, alimentación de menores y madres gestantes, educativo o pedagógico, talento humano, protector, entre otros. Pese a ello, los componentes educativo y alimentario, son transversales en el programa.

60. En síntesis, el Programa Infantil que discute la accionante se enmarca dentro de la política pública fijada por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República a través de la ley 1450 de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y la ley 1804 de 2016, denominada *“Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”*. La ejecución de esa medida está en cabeza del ICBF. En desarrollo de sus funciones, creó el Programa de Primera Infancia que tiene tres modalidades: (i) comunitaria; (ii) familiar; e (iii) institucional. En ellas se busca satisfacer el desarrollo integral de los menores de edad entre los cero y seis años de edad, haciendo énfasis en los aspectos alimentarios y educativos, sin que ello obste para que existan otros componentes que fueron mencionados en párrafos anteriores.

Solución del caso concreto

61. Conforme con los hechos del caso, la peticionaria, quien representa al Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, considera que el ICBF vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la colectividad, por no concertar con su comunidad el programa denominado *“Primera Infancia”*, que se enmarca dentro de la Política Pública *“De cero a Siempre”* del Gobierno Nacional; especialmente, aquellas medidas alimentarias y educativas sobre los menores de su comunidad.

⁴¹ Ibíd.

⁴² Ibíd.

En concepto de la representante del pueblo accionante, quienes actualmente prestan el servicio no cumplen con estándares étnicos diferenciados que respeten sus tradiciones, alimentación, cultura, y otros derechos; mucho más si se tiene en cuenta que la población destinataria de esos programas son los niños y menores de edad.

62. Por su parte, el ICBF señala que con dichos programas no se vulnera derecho fundamental alguno, porque se trata de una política pública general que no afecta en particular ningún derecho de la comunidad. Así mismo, indica, la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad pues en el ordenamiento jurídico existen otros recursos judiciales que resultan más apropiados para ventilar esta clase de conflictos. Aduce que es la vía contenciosa administrativa aquella a la que debe acudir la comunidad, para discutir los actos precontractuales en el marco del proceso de contratación de los operadores que prestarán estos servicios.

63. El juez de primera y única instancia declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la comunidad. Al igual que la parte accionada, concluyó que el amparo no cumplió con el requisito de subsidiariedad, pues es la jurisdicción contenciosa administrativa la encargada de pronunciarse sobre la nulidad de los actos administrativos.

64. Bajo este panorama, la Sala se pronunciará sobre la tutela deprecada por la accionante.

Consideración preliminar sobre la procedencia del amparo.

65. Antes de resolver el fondo del asunto, la Sala se pronunciará sobre la procedibilidad del amparo en el caso concreto. Como ya se dijo, tanto el ICBF como el juez de primera instancia, consideraron que en el presente asunto no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, toda vez que es en la vía contenciosa administrativa aquella donde se deben discutir los actos precontractuales, en el entendido de aquellos que hacen parte del proceso de escogencia del operador que prestará los servicios discutidos en este caso.

66. En este orden de ideas, la Corte considera que los argumentos esgrimidos por la parte accionada, así como por el juez de instancia, carecen de fundamento constitucional. En concreto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz por excelencia para solicitar la protección del derecho a la consulta previa.

67. Eso se explica, como se sostuvo en la parte motiva de esta providencia, no solo por el deber que tiene el Estado de respetar y promover la heterogeneidad cultural propugnada por la Carta, sino también porque las comunidades étnicas, indígenas y afros, han sido tradicionalmente grupos discriminados por

la cultura dominante. Incluso, en muchas oportunidades, persisten riesgos de extinción.

68. Esas circunstancias los sitúan en una posición jurídica relevante en la que adquieren el carácter de sujetos de especial protección constitucional. Así, la acción de tutela reviste la calidad de un poder único e insoslayable de estos pueblos para defender sus derechos. Precisamente, uno de esos es el de consulta previa. Así lo ha reiterado la Corte en múltiples oportunidades.

69. Por esos motivos, la Sala no se extenderá en relación con este punto, pues encuentra que los accionantes, representados por la señora Eufrosina Vega Mieles, están legítimamente constituidos como Consejo Comunitario y, en esa medida, no existe discusión (ni propuesta por la parte demandada) de que son efectivamente un pueblo tradicional afro. En consecuencia, la Corte encuentra que ese simple hecho es suficiente para declarar la procedencia de la acción de tutela y así, pronunciarse sobre el fondo del asunto; no sin antes llamar la atención al ICBF y al Juzgado Primero Penal del Circuito sobre tales aspectos.

Sobre el fondo del asunto

70. Como se ha indicado en numerosas oportunidades, la comunidad accionante, representada por la señora Eufrosina Vega, considera que su derecho fundamental a la consulta previa está siendo vulnerado por el ICBF al no concertar las medidas alimentarias y educativas implementadas por el ICBF a través del denominado “*Programa de Infancia*”.

71. El Programa de Infancia hace parte de aquellas políticas públicas que el ICBF realiza con los menores de edad a nivel nacional. En términos concretos, se trata de una política pública de atención especial en favor de la primera infancia, en conjunto con sus familias, que tiene varias modalidades. Su propósito es “*la atención de niñas y niños de cero a seis años, de acuerdo con el marco general vigente del ICBF– ICBF – y la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre*”⁴³.

72. Lo anterior, de conformidad artículo 29 de la Ley 1098 de 2006, según el cual, el país, encabezado por el Gobierno Nacional, asume la primera infancia como el ciclo vital en el que se establecen las bases de un desarrollo holístico desde los cero hasta los seis años de edad.

73. Esa norma fue desarrollada por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, a través de la denominada estrategia “*De Cero a Siempre*”, la cual, como se indicó, se define como el “*conjunto de acciones planificadas de carácter nacional y territorial, dirigidas a promover y garantizar el desarrollo infantil de las niñas y niños desde su gestación hasta los seis años*” de edad⁴⁴.

⁴³ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia.

⁴⁴ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Pág. 254.

74. El referido Programa de Atención Infantil, atiende todas las necesidades básicas de los niños pertenecientes al programa. Así, existen medidas alimentarias, educativas, de salud, de espacio público, dirigidas a su hogar, entre otras. Esa apuesta, *“es un proceso complejo de permanentes cambios de tipo cualitativo y cuantitativo (...) Por eso es importante tener en cuenta que niñas y niños son sujetos de derechos con ritmos de desarrollo distintos”*⁴⁵.

75. Ahora bien, dentro de esta gran estrategia, existen a su vez tres grandes modalidades de atención: (i) la modalidad institucional; (ii) la modalidad familiar y; (iii) la modalidad comunitaria⁴⁶. Cada una de ellas tiene varios componentes.

- (i) La modalidad institucional funciona en espacios especializados para atender a niñas y niños en primera infancia así como a sus familias o cuidadores, se prioriza la atención de las niñas y niños desde los dos años hasta menores de cinco años, o hasta su ingreso al grado transición. Su propósito es garantizar el servicio de educación inicial a niñas y niños menores de cinco años y hasta los seis años en grado de transición donde exista este servicio, en medio institucional en el marco de la atención integral y la diversidad a través de acciones pedagógicas y de cuidado cualificado así como la realización de gestiones para promover los derechos de salud, protección y participación que permitan favorecer el desarrollo integral en la primera infancia.
- (ii) Por su parte, la modalidad familiar busca promover el desarrollo integral de niñas y niños desde su concepción hasta los dos años, a través de procesos pedagógicos como formación y acompañamiento a familias, cuidadores y mujeres gestantes. Su objetivo es promover el desarrollo integral de niñas y niños desde su concepción hasta los dos años a través de procesos pedagógicos significativos, fortalecimiento y acompañamiento a familia y cuidadores y la articulación interinstitucional en cumplimiento de la política de estado para el desarrollo integral de primera infancia de cero a siempre.
- (iii) La modalidad comunitaria se plantea como un escenario de acogida para niñas y niños menores de cinco años, mujeres gestantes, niñas y niños menores de seis meses lactantes en condiciones de riesgo y vulnerabilidad, incluyendo sus familias y cuidadores. Su finalidad es potenciar de manera intencionada el desarrollo de niñas y niños, con la participación de talento humano idóneo, responsable de planear,

⁴⁵ Tomado de: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia

⁴⁶ Tomado de: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia

gestionar, ejecutar y evaluar acciones para la garantía de los derechos; construir propuestas pedagógicas que generen oportunidades de expresión y comunicación con pares y adultos, así como la construcción de acuerdos sociales y territoriales que permita la diversidad de experiencias para el desarrollo integral, y con un énfasis particular en el trabajo comunitario desde el sentido que la comunidad le otorga al cuidado y la protección de la primera infancia.

76. Ahora bien, el programa también incorpora medidas diferenciales. Una de ellas es el denominado enfoque étnico. Según el ICBF, se concibe como un método de análisis y actuación, que reconoce las inequidades, riesgos y vulnerabilidades y valora las capacidades y la diversidad de un determinado sujeto individual o colectivo, para incidir en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública, con miras a garantizar el goce efectivo de derechos.

77. Como se puede apreciar, las medidas de atención son variadas. No pasan exclusivamente por temas educativos y alimentarios (aunque en ellos se hace mayor énfasis) sino también de cuidado, protección, salud, vivienda, entre otras. En general, las obligaciones básicas que el Estado tiene en relación con los niños.

78. Ahora bien, los accionantes aducen que las medidas alimentarias y educativas son aquellas que están incidiendo sobre sus derechos. Resaltan que estos programas están afectando directamente su cosmovisión porque con estas aproximaciones a la comunidad, su cultura, especialmente en lo que concierne a los menores de edad, pueden mutar poniendo en riesgo la integridad de sus pueblos.

79. En concepto de la Corte Constitucional, esta clase de políticas afectan directamente al pueblo accionante, primero, por su naturaleza cultural; y segundo, por el impacto sobre el ejercicio de su autonomía, como se explicará a fondo en los párrafos sucesivos. La autoridad accionada vulneró el derecho fundamental a la consulta previa al no concertar con las comunidades aquellas *precisas medidas* que tienen incidencia sobre la cultura y tradición del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”. Pasa la Sala a explicar la posición.

80. En el marco de la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, aquellas medidas que se relacionen con la cultura de un pueblo étnicamente diferenciado, deben ser objeto de consulta previa. Además, en virtud de las premisas presentadas en los párrafos precedentes, existe una obligación para las autoridades, en el sentido de asegurar la participación de pueblos originarios y otros colectivos que defienden una diferencia cultural y étnica desde la concepción original de esta política pública.

81. Uno de los criterios esenciales para evaluar la afectación directa es la incidencia de las labores estatales en los derechos de los pueblos concernidos, o en la construcción y auto percepción de su identidad étnica y cultural.

82. Esta medida, el Programa de Infancia del ICBF, se dirige a fortalecer a los menores de edad, pero también, a los pueblos étnicos diferenciados. La alimentación, educación, especialmente de menores de edad, son, por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. En el caso de las comunidades étnicas, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como la formación de sus niños que, en últimas, serán quienes mantendrán incólumes sus tradiciones. La relación entre la formación educativa, alimentaria, y otras, tienen una gran importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria.

83. El hecho que el programa esté destinado a toda la nación, no le resta en modo alguno la trascendencia cultural a la medida, ni desvirtúa los argumentos esbozados hasta el momento. Por el contrario, existe un deber desarrollado a profundidad por la Corte de implementar políticas diferenciadas cuando se involucren en ellas, aspectos que puedan resultar lesivos (o benéficos) de comunidades étnicas.

En suma, es claro que todo tipo de medidas que afecte directamente derechos étnicos, debe ser objeto del trámite consultivo. Mucho más si se trata de niños.

84. Es comprensible, entonces, el descontento de los pueblos con las decisiones relacionadas con la formación de los menores miembros de dicha comunidad.

Ahora bien, la pregunta que subyace a la anterior argumentación es ¿cuál es la medida específica que debe ser consultada? La respuesta, aunque obvia, es trascendental en los términos precisos de este caso. Para esta Sala, se deben consultar aquellas *medidas específicas* que tengan incidencia sobre sus derechos. En particular, el enfoque diferencial de aquellos programas concretos que se efectúen sobre las comunidades étnicas. Veamos.

85. Dentro del Programa de Atención Infantil, el ICBF señala que de conformidad con la Resolución 2000 de 2014, reconoce *“la diversidad en la atención de su población beneficiaria, en su contexto etario, social, familiar, cultural, de género y por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentren y que demanden protección especial”*. Así mismo, obliga a *“las Direcciones Misionales, servidores públicos y colaboradores del ICBF, [a] aplicar el enfoque diferencial etario, étnico, de género, en discapacidad u otro, dependiendo del grupo vulnerable del que se trate, en todos los Programas y actuaciones del ICBF”*.

86. Para esa entidad, estos enfoques se conciben como *“un método de análisis y actuación, que reconoce las inequidades, riesgos y vulnerabilidades y valora las capacidades y la diversidad de un determinado sujeto individual o colectivo, para incidir en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública, con miras a garantizar el goce efectivo de derechos. Se implementa a través de: acciones afirmativas, adecuación de la oferta institucional, desarrollo de oferta especializada”*.

87. Pues bien, el malestar de la comunidad radica en que con el Programa de Atención Infantil se están causando afectaciones a sus derechos étnicos y culturales, puesto que se están implementando prestaciones que presuntamente no cumplen con aquellos lineamientos constitucionales, legales y reglamentarios, que obligan a la entidad a aproximarse a dichas comunidades bajo un enfoque diferencial. Alegan que, entre otros asuntos, la alimentación y educación que se les está ofreciendo no es la adecuada puesto que es la misma a la del común de la sociedad. Y en ello les asiste la razón.

Como se puede advertir, la inconformidad de la comunidad no es con la totalidad del Programa de Primera Infancia pero sí, con respecto a aquellas medidas diferenciadas que se están desarrollando en sus comunidades.

88. Si bien es cierto que dentro del Programa de Atención a la Primera Infancia se incluyen obligaciones relativas a la incorporación de un enfoque diferencial para el caso étnico, la concertación de ese tipo de atenciones resulta crucial en el caso concreto. Es allí en donde las comunidades pueden expresar y opinar sobre las medidas que les van a afectar y cuáles son las opciones reales y definitivas para salvaguardar su cultura.

89. Mal haría la Corte en ordenar la consulta de todo el plan, pues allí se involucran no solamente menores pertenecientes a comunidades étnicas, sino miembros de la sociedad mayoritaria. Igualmente, al tratarse de una política pública de carácter general, la incidencia en la selección del operador, al menos en este caso específico, no influye en la cultura étnica puesto que independientemente de quien preste el servicio, en este preciso evento, no encuentra la Sala motivos para su concertación.

90. Por el contrario, cuando el ICBF se aproxima a estas culturas para aportar recursos humanos, técnicos, públicos, etc. debe hacerlo con base en un *plan de enfoque diferencial*. Y es este el que debe ser objeto de consulta pues es en ese momento cuando las políticas de carácter nacional tienen incidencia directa sobre los derechos de la comunidad. Así mismo, es allí cuando las comunidades pueden expresar sus inconformidades con el tipo de aproximaciones que el Estado pretende realizar. Todo lo anterior, con base en los criterios generales de consulta que fueron descritos en esta sentencia.

Para ello, evidentemente, el ICBF cuenta con un plan étnicamente diferenciado que le permite aplicar dichos componentes especiales cuando se

aproxima a la comunidad. En ese plan, el ICBF materializa sus obligaciones diferenciadas e identifica cuál será su manera de proceder, siendo esta la medida objeto del trámite consultivo.

91. Igualmente, es importante destacar que el presente caso no se enmarca dentro de aquella excepcionalísima hipótesis en que la Corte determinó que podía flexibilizarse el requisito de la consulta, en aras de salvaguardar el interés superior del menor, siempre que se justifique por razones de gravedad, urgencia y extrema necesidad.

92. En el presente caso, no se logra advertir razones que comprueben la regla descrita anteriormente.

93. En este orden de ideas, la Corte tutelaré el derecho fundamental a la consulta previa solicitado por Eufrosina Vega Mieles, representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”. Para ello, ordenará la consulta del plan étnicamente diferenciado contenido en el Programa de Primera Infancia, solo cuando aquellas medidas tengan la virtualidad de afectar directamente la comunidad accionante. Lo anterior, con el propósito de que el ICBF pueda concertar con dicha población cuales son las mejores alternativas, entendidas como respetuosas de su cultura, que afecten negativa o positivamente, los derechos de los menores de edad que sean parte de dicha comunidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, en primera y única instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Eufrosina Vega Mieles, representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz” en contra del ICBF. En su lugar **CONCEDER** el amparo del derecho fundamental a la consulta previa.

Segundo.- ORDENAR al ICBF que inicie un proceso de consulta previa con un comité compuesto por representantes del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, mediante un procedimiento previamente consultado (preconsulta), establezca cual será el plan étnicamente diferenciado que deberá utilizar el Instituto para implementar las medidas correspondientes al Programa de Infancia reseñado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- PREVENIR al ICBF para que, en el futuro, se abstenga de permitir cualquier medida administrativa que intervenga sobre los derechos de comunidades étnicamente diferenciadas, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia.

Cuarto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo brinde apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación ofíciase a la entidad referenciada.

Quinto.- SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación que, en ejercicio de sus funciones, vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo y que vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación ofíciase a la entidad referenciada.

Sexto.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS
Magistrado (E)

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ROCIO LOAIZA MILIAN
Secretaria General (E)